



Discricionariedade legislativa e reforma trabalhista: a proibição do excesso e a vedação da proteção insuficiente como parâmetros de contenção do abuso de poder legislativo

João Otávio Fidanza Frota¹

RESUMO

O processo gradativo de enfraquecimento do Estado, nos últimos anos, em decorrência das práticas político-institucionais de cunho neoliberal, tem efeitos nefastos sobre os direitos sociais, especialmente do trabalho. O descaso das elites econômicas com as garantias trabalhistas, aliado ao descontentamento com a Justiça do Trabalho, deram ensejo a um processo reacionário que culminou na aprovação da Lei nº 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista). Ocorre que a vontade do legislador insere-se no jogo democrático e, nesse sentido, submete-se ao controle

de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, notadamente sob o prisma da contenção da discricionariedade legislativa. Neste estudo, pretende-se analisar especificamente as reformas promovidas na CLT, em 2017, sob o ângulo do abuso de poder legislativo, em exame guiado pelos princípios da proporcionalidade, da proibição do excesso e da vedação da proteção insuficiente.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Crise dos direitos sociais. Efeito “backlash”. Reforma trabalhista. Controle de constitucionalidade. Discricionariedade legislativa. Princípio da proporcionalidade. Proibi-

¹Graduado pela Universidade de Brasília – UnB. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela PUCMINAS. Advogado. Endereço eletrônico: joaotavio@gmail.com.

ção do excesso. Proibição da proteção insuficiente.

A crise dos direitos fundamentais e os pensamentos flexibilizatório e desregulatório das relações de trabalho

No estágio político-institucional do Estado Democrático de Direito, sob a matriz filosófica do pós-positivismo, os direitos fundamentais apresentam-se como categoria jurídica das mais relevantes na estruturação de uma comunidade. Estando, em geral, positivados na Constituição, esses direitos assumem papel de centralidade na ordem jurídica, não apenas por sua superioridade formal, mas sobretudo por sua supremacia axiológica, sendo diretriz máxima de toda a produção legislativa do Estado, assim como da interpretação e da aplicação do Direito.

Os direitos fundamentais, como atualmente concebidos, são dotados de verdadeira força normativa e estão intimamente ligados à proteção da pessoa humana e à consideração da dignidade como valor estruturante das sociedades modernas (DUQUE, 2014, p. 35-47). Nesse sentido, de acordo com a doutrina constitucionalista, sendo compreendidos como direito subjetivo, os direitos fundamentais facultam aos seus titulares a imposição de atuação negativa ou positiva ao Estado (eficácia vertical) ou aos particulares (eficácias horizontal e diagonal). Por outro lado, os direitos fundamentais também possuem dimensão objetiva, segundo a qual constituem a base e o vetor de todo o ordenamento jurídico, com eficácia irra-

dante para todo o sistema (DUQUE, 2014, p. 121).

No Brasil, a Constituição de 1988 instituiu expressamente, por força de seu art. 1º, o Estado Democrático de Direito, o que é corroborado pelos institutos jurídicos nela

inscritas. Conhecida como “Constituição Cidadã”, a CF/88 foi elaborada e promulgada em momento histórico de elevado sentimento cívico, pautado pela superação do período ditatorial militar que a precedeu. Assim, como corolários de seus fundamentos e objetivos (arts. 1º a 4º), destacadamente o princípio da dignidade da pessoa humana, cujo conteúdo se coloca como diretriz máxima de todo o sistema jurídico, a Carta

“Ocorre que, nos últimos anos, práticas político-institucionais de forte caráter mercadológico e desprestigiador do Estado, seguindo fórmulas neoliberais de superação de crises e de desenvolvimento econômico, vêm afetando os direitos fundamentais no Brasil, especialmente aqueles de índole social.”

Maior elenca, a partir de seu art. 5º e estendendo-se por todo o corpo constitucional, um catálogo bastante extenso, analítico e aberto de direitos fundamentais, tanto de natureza individual, quanto de ordem social e coletiva.

Aliás, um dos principais avanços democráticos da Constituição de 1988 foi justamente a consagração dos direitos sociais, em expressivo rol, como direitos fundamentais dotados de eficácia normativa, que transcendem o aspecto meramente programático e alcançam grau de exigibilidade jamais visto nas Constituições brasileiras anteriores (CORDEIRO, 2012, p. 47-49).

Ocorre que, nos últimos anos, práticas político-institucionais de forte caráter mercadológico e desprestigiador do Estado, seguindo fórmulas neoliberais de superação de crises e de desenvolvimento econômico, vêm afetando os direitos fundamentais no Brasil, especialmente aqueles de índole social.

No mundo ocidental, desde meados da década de 1970², a crise do sistema econômico, aliada à globalização e à profunda renovação tecnológica, que encurtou as distâncias de espaço e de tempo e acirrou a competição capitalista local e mundial, forneceram as bases para o nascimento e para o impulso do pensamento neoliberal. O neoliberalismo tem como principal preocupação a superação das dificuldades econômicas, por meio de posturas fundamentalmente absenteístas em relação ao Estado, resgatando velhas fórmulas de livre mercado e as adaptando às necessidades atuais. Assim, o pensamento neoliberal desprestigia o Estado, buscando desestatizar as relações entre particulares, desregular o mercado, reduzir a intervenção estatal nos domínios econômico e social, com vistas ao fortalecimento do capital e, conseqüentemente, ao aumento do poder dos grandes atores do cenário econômico (SARLET, 2004, p. 68).

Especificamente no campo das relações de trabalho, o cenário de crise econômica e de intensa globalização, na esteira da ideologia neoliberal, levou ao surgimento de novos modelos de gerenciamento da força de trabalho nas empresas, que privilegiaram o sistema de acumulação flexível e da chamada produção *just-in-time*, voltadas a reduzir ao máximo os custos produtivos, incentivando a terceirização de serviços e a flexibilização das relações laborais.

O fenômeno neoliberal passou a ter forte influência no cenário político-institucional brasileiro a partir da década de 1990. Com efeito, a partir de 1995, o Governo Federal, amparado por bancada parlamentar amplamente majoritária, passou a implementar uma série de reformas econômicas de

ordem constitucional e infraconstitucional, voltadas a distanciar o Estado dos mercados e das relações privadas, tais como extinção de restrições ao capital estrangeiro, flexibilização de monopólios estatais, privatizações de empresas públicas, dentre outras medidas dirigidas ao prestígio do mercado financeiro e ao fortalecimento do capital, em detrimento do Estado (SARMENTO, 2001, p. 162).

A ideologia neoliberal e tais políticas governamentais, no Brasil, foram gradativamente sendo responsáveis pelo que Ingo Wolfgang Sarlet, em reflexão sobre o tema, identificou como crise dos direitos fundamentais (SARLET, 2004, p. 67). Na visão do autor, a despeito da centralidade jurídica que esses direitos passaram a possuir no Estado Democrático de Direito, as posturas neoliberais concretas dos agentes econômicos e políticos, cada vez mais comprometidos com a ideia desenvolvimentista limitada ao mero crescimento econômico, passaram a relegar a segundo plano as garantias da dignidade da pessoa humana, seja em sua dimensão individual, seja sob o prisma coletivo.

Segundo Ingo Sarlet, o chamado consenso neoliberal³, inserido no processo de globalização e amplamente adotado no cenário político-social brasileiro, por meio de ações cada vez mais agressivas de enfraquecimento do Estado – este identificado pelo autor como “amigo” dos direitos, no sentido de ser seu principal garantidor – teve como reflexo uma crise de efetividade dos direitos fundamentais, gerando, por conseqüência, o seu enfraquecimento, sobretudo perante os setores mais vulneráveis da sociedade.

E assim arremata o mencionado autor:

² A década de 1970 foi marcada pelas duas grandes crises do petróleo, que impulsionaram a disseminação ocidental da ideologia neoliberal como forma de sua superação, fenômeno este que acabou sendo preponderante para a derrocada final do Estado Social e do constitucionalismo dirigente (SARMENTO, 2001, p. 160).

³ O autor refere-se ao Consenso de Washington – receituário proposto pela Secretaria do Tesouro dos EUA, Banco Mundial, FMI, e principais instituições bancárias do G7, para a estabilização das economias dos países emergentes, cujas propostas básicas são abertura dos mercados internos, estrita disciplina fiscal com corte de gastos sociais, privatizações, desregulamentação do mercado, reforma tributária e flexibilização das relações de trabalho. Vide SARMENTO, 2001, p. 154.

Oportuno que se consigne, ainda, que a crise dos direitos fundamentais não se restringe mais a uma crise de efetividade, mas alcança inclusive a esfera do próprio reconhecimento e da confiança no papel exercido pelos direitos fundamentais numa sociedade genuinamente democrática. Sem que se possa aqui desenvolver este aspecto, constata-se, com efeito, uma progressiva descrença nos direitos fundamentais. Estes, ao menos a partir da compreensível ótica da massa de excluídos, passam a ser encarados como verdadeiros “privilégios” de certos grupos (basta apontar para a oposição entre os “sem-terra” e os “com-terra”, os “sem-teto” e os “com-teto”, bem como os “com-saúde” e os “com-educação” e os que aos mesmos não têm acesso). Da mesma forma, chama a atenção o quanto têm crescido as manifestações, nos mais variados segmentos da população, em prol da pena de morte, da desconsideração pelas mais elementares garantias da ampla defesa e do devido processo legal, do apoio à redução da idade penal para os adolescentes, da pressão em prol do agravamento significativo das penas ou mesmo pela introdução de um sistema similar (e altamente questionável) ao modelo da “tolerância zero” tal como praticado em alguns pontos dos EUA, tudo revelando que cada vez menos se tomam a sério os direitos fundamentais, inclusive no que diz com a sua dimensão solidária, emancipatória e promocional (SARLET, 2004, p. 74-75).

Os direitos sociais, sem sombra de dúvida, têm sido os mais afetados pelo pensamento de matriz neoliberal. É, de fato, na garantia desses direitos que o Estado se faz

mais presente, por meio de condutas positivas, com vistas a dar efetividade à dimensão substancial da igualdade, protegendo os mais vulneráveis e concedendo a todos a efetiva possibilidade de implementar melhores condições de vida. Por isso, o distanciamento do Estado da vida em sociedade invariavelmente conduz ao desprestígio dos direitos sociais.

Assim, é precisa a colocação de Daniel Sarmento:

Sob o impacto da globalização, o Estado se debilita, na medida em que vai perdendo o domínio sobre as variáveis que influem na sua economia. Deteriora-se a sua capacidade de formulação e implementação de políticas públicas, de regulamentação e fiscalização do seu mercado interno, e com isso o seu poder de garantir a eficácia dos direitos sociais (SARMENTO, 2001, p. 154).

É importante esclarecer que não se trata, aqui, de avaliar os acertos, os erros, os benefícios ou os prejuízos, sob o ponto de



vista econômico, das medidas de cunho neoliberal implementadas no Brasil nos últimos anos. Também aqui não se deseja propor soluções ou melhores diretrizes econômicas para o país, mas apenas evidenciar que essa ideologia mercadológica tem sido responsável por gerar um perigoso quadro de insatisfação pública com os direitos fundamentais e, mais grave, por inserir no pensamento político-institucional brasileiro a ideia de que os direitos sociais são algo menos importante, ou mesmo sem importância.

Esse perigo é especialmente verificado quando o olhar se volta para o Direito do Trabalho. Com efeito, a diretriz desregulatória do Estado possui como uma de suas principais linhas de atuação a flexibilização das regras trabalhistas, a fim de retirar a imperatividade normativa heterônoma das relações de trabalho, para ampliar o ambiente negocial entre patrão e empregado, afastando o Estado da regência das relações jurídicas laborais (DELGADO, 2013, p. 95). No fundo, o espalhamento dessa visão de mundo, seja pelas ações governamentais, seja pela atuação midiática, acaba por fazer o senso comum deixar de compreender o Direito do Trabalho como fonte de proteção social do trabalhador, como mecanismo de correção do desnível jurídico entre partes contratantes, como garantia de dignidade na atividade emancipatória, que é o trabalho, e passar a considerá-lo como mero entrave ao desenvolvimento econômico.

A cultura do inadimplemento trabalhista, a Justiça do Trabalho e o “efeito *backlash*”

Em estudo sobre a massificação dos litígios trabalhistas na sociedade brasileira contemporânea, no qual discorre sobre a importância da valorização dos instrumentos processuais coletivos, no intuito de conferir efetividade aos direitos laborais, José Roberto Freire Pimenta aponta como principal problema do Direito do Trabalho do Brasil, na atualidade, aquilo que denomina de “síndrome do descumprimento das obrigações”⁴ trabalhistas. Segundo o autor, o direito material do trabalho brasileiro possui baixíssimo nível de cumprimento espontâneo por parte dos destinatários de seus comandos, muito abaixo do que seria razoavelmente tolerável. Esse fenômeno empírico acarreta o excessivo número de reclamações trabalhistas individuais ajuizadas, o que prejudica, conseqüentemente, a efetividade da tutela jurisdicional e alimenta, assim, a cultura do inadimplemento das obrigações laborais por parte dos empregadores (PIMENTA, 2009, p. 25).

A análise de Freire Pimenta é primorosa e tem a qualidade de expor um dos principais inimigos da plena efetivação da dignidade humana nas relações de trabalho: a cultura do inadimplemento. É certo, entretanto, que o exame do jurista se dirige ao campo do direito processual do trabalho, razão pela qual, como evidenciado acima, sua atenção verte-se ao problema da falta de efetividade da tutela jurisdicional trabalhista. Ousa-se, por isso, voltando-se ao objeto do presente estudo, acrescentar outro elemento que igualmente contribui, de maneira central, para o descumprimento cultural das normas trabalhistas, qual seja, a crise dos direitos fundamentais, explicitada no tópico anterior.

De fato, o ambiente criado com o enfraquecimento gradual do Estado e o con-

4 O referido autor atribui o pioneirismo da expressão a Antônio Álvares da Silva, em seu trabalho “A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da Justiça do Trabalho no Brasil”, publicado em TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). As garantias do cidadão na Justiça. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 256-258.

sequente descrédito público nos direitos sociais acabam por incutir no pensamento de grande parte da classe empregadora a desimportância das garantias trabalhistas, que, por isso, passam a ser deliberadamente descumpridas.

Regras de limitação de jornada deixam de ser entendidas como questão de saúde laboral, o FGTS deixa de ser encarado como importante garantia em face do direito potestativo de despedida arbitrária, o efeito expansivo circular do salário passa a não ser visto como componente da intangibilidade salarial, a higidez ambiental do local de trabalho e os equipamentos de proteção à saúde do trabalhador deixam de ser compreendidos como fundamentais para evitar a ocorrência de acidentes e de doenças ocupacionais. Tudo isso passa a ser encarado como mero custo econômico e de fácil subtração (em geral, mediante tentativas fraudulentas de mascarar formalmente fatos do mundo prático), em claro aviltamento das vidas humanas que compõem o mundo do trabalho.

Esse tipo de postura empresarial, além de implicar a violação de diversos direitos fundamentais de seres humanos individualmente considerados, ainda vulnera o princípio da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, e art. 170, III, da CF/88) e faz letra morta do art. 1º, IV, da CF/88, segundo o qual a livre iniciativa deve andar de mãos dadas com a valorização do trabalho, não se podendo conceber a existência de um sem o outro.

Diante desse cenário de amplo descumprimento de direitos trabalhistas, o processo judicial passou a ser o principal *locus* de efetivação do Direito do Trabalho, ge-

rando uma onda massiva de judicialização dos conflitos laborais, que resulta, quase sempre, na condenação de empregadores ao cumprimento dos diversos direitos sonegados, desde os mais mezinhos, como a quitação de verbas rescisórias, até obrigações reparatórias de lesões decorrentes de danos morais e/ou existenciais, o que certamente passou a incomodar bastante a classe empresária.

É importante lembrar que a quantidade de condenações judiciais tende a ser diretamente proporcional aos índices de inadimplemento espontâneo das obrigações trabalhistas, motivo pelo qual, diante da cultura do descumprimento instaurada no país, outro não poderia ser o cenário resultante. Com efeito, uma das funções primordiais da jurisdição é, justamente, sanar ou evitar situações de violação de direito, realizando justiça nos casos concretos (TESHEINER; THAMAY, 2016, p. 117-120), sendo exatamente esse o caminho adotado pela Justiça do Trabalho, ainda que sob apupos injustificados da classe empresarial.

Ressalte-se que, de acordo com o Relatório “Justiça em Números” de 2016, organizado pelo Conselho Nacional de Justiça, o assunto mais demandado na Justiça do Trabalho refere-se às verbas rescisórias, no percentual de 52,01% das ações que correm em 1º grau de jurisdição⁵. Ou seja, a esmagadora maioria das reclamações trabalhistas versa sobre o inadimplemento de obrigações referentes a direitos básicos dos obreiros, deliberadamente não honrados pelos empregadores por ocasião das demissões. A cultura do inadimplemento, portanto, não se refere a direitos mirabolantes inventados por advogados trabalhistas,

5 A informação consta do Relatório “Justiça em Números/CNJ” de 2016, cujo ano-base é 2015, especificamente no Gráfico 5.79, apresentado na página 203 do livro oficial.

mas sim a obrigações patronais de caráter trivial, como o são aquelas de natureza resilitória.

Além do mais, não se pode ignorar que o Direito do Trabalho – sob o ponto de vista especificamente das normas de direito material – funda suas bases no princípio da proteção, de modo que as narrativas jurídicas que guiam a interpretação e a aplicação deste ramo do direito invariavelmente terão características tutelares, a fim de viabilizar o equacionamento jurídico da desigualdade inerente às manifestações de vontade das partes contratantes laborais. Isso, todavia, não faz da Justiça do Trabalho uma Justiça “pró-empregados”, mas sim uma Justiça consciente de seu papel de fazer valer as normas de proteção do trabalho humano, de coibir a cultura do inadimplemento das obrigações laborais e de efetivação do direito fundamental ao trabalho digno⁶.

O senso comum de que os Juízes do Trabalho são “pró-empregados” ou “pró-empregadores” é exemplo eloquente da capacidade que temos de usar a linguagem contra o Direito do Trabalho. Os Juízes não podem ser “pró” essa ou aquela parte, mas havendo optado por atuarem como Juízes do Trabalho, têm o dever de reconhecer e aplicar as regras a partir do princípio da proteção, com o qual assumem compromisso, ao jurarem aplicar a Constituição, que tanto no primeiro dos seus artigos, quanto em todo o seu texto, teima em insistir na necessidade de pro-

teção à relação de trabalho (SEVERO, 2017, p. 37).

Não significa dizer que jamais tenha havido, por parte de Juízes trabalhistas, posturas judiciais excessivamente protetivas – assim como não se pode dizer que não existem Juízes que eventualmente tenham adotado comportamentos extremamente mitigadores do princípio tuitivo. Porém, é injusto com os magistrados laborais e com a Justiça do Trabalho atribuir o grande número de condenações trabalhistas a excessos judiciais, quando se tem, no plano fático, um quadro de altíssimo índice de descumprimento da lei no cotidiano das relações laborais.

Não obstante tais considerações, fato é que se criou, notadamente por parte das classes empresarial e política dominantes, com auxílio da grande mídia, o estigma de que a Justiça do Trabalho é muito benevolente com os empregados, colocando em dúvida inclusive sua própria imparcialidade diante dos casos julgados. Essa insatisfação das elites econômicas com o número de condenações trabalhistas – o qual, reitere-se, decorre majoritariamente do cenário de amplo descumprimento da lei e dos mecanismos fraudatórios, no intuito de se eximir de arcar com os “custos” laborais –, aliado ao crescente pensamento flexibilizatório e desregulatório das relações de trabalho, deu ensejo a um processo de desprestígio político daquela

“O senso comum de que os Juízes do Trabalho são “pró-empregados” ou “pró-empregadores” é exemplo eloquente da capacidade que temos de usar a linguagem contra o Direito do Trabalho.”

⁶ A expressão refere-se ao tema trabalhado pela Professora Gabriela Neves Delgado, em obra jurídica intitulada *Direito Fundamental ao Trabalho Digno* (2006), publicada pela editora LTr.

Justiça especializada, bem como do próprio Direito do Trabalho.

Nesse contexto, é possível perceber, nos últimos anos, o aprofundamento de um movimento de reação política ao “protecionismo juslaboral”, mediante o crescimento do número de propostas legislativas voltadas diminuir a proteção social do trabalho, a retirar a imperatividade normativa das relações laborais e a enfraquecer o Judiciário trabalhista (SOUZA, 2017, p. 3).

A reação conservadora do sistema político às posturas garantistas do Poder Judiciário, tidas como “ativistas” por parte do senso comum da sociedade e das elites econômicas envolvidas, em temas relativos a direitos fundamentais, sobretudo nas matérias que geram intenso debate social, é o que se denomina de “efeito *backlash*”.

Em estudo sobre jurisdição constitucional e “efeito *backlash*”, George Marmelstein Lima apresenta explicação precisa e didática acerca deste fenômeno, nos seguintes termos:

O processo segue uma lógica que pode assim ser resumida. (1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso,

os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão (LIMA, 2017, p. 2).

No tocante ao Direito do Trabalho, o ápice do referido processo reacionário deu-se no ano de 2017, com a aprovação do PL nº 6.787-B/2016 pelo Congresso Nacional, posteriormente sancionado pelo Presi-



dente da República, dando origem à Lei nº 13.467/2017, conhecida como Lei da Reforma Trabalhista.

Esse diploma alterou centenas de dispositivos da CLT, bem como das Leis nº 6.019/74, nº 8.036/90 e nº 8.212/91, modificando profundamente regras de direito material e de direito processual do trabalho. Examinando as disposições trazidas pela legislação reformista, percebe-se que suas principais diretrizes foram, claramente, afastar a imperatividade normativa das relações laborais, atenuar a proteção jurídica à figura do trabalhador, dificultar os canais de acesso obreiro à Justiça e enfraquecer o Judiciário trabalhista. Seu caráter de reação ao anterior quadro de ampla efetivação dos direitos trabalhistas por parte da Justiça do Trabalho é, portanto, evidente.

A reforma trabalhista tem sido apresentada, por seus defensores, como fruto da vontade política do legislador, aprovada pela via democrática e, por isso, dotada de legitimidade. Ocorre que, ainda que se cogite da observância do devido processo legislativo, essa condição, por si só, não afasta a possibilidade do controle judicial de sua constitucionalidade, juízo a ser exercido, na via difusa, quando da apreciação dos casos concretos.

Ao legislador não é permitido agir livre e discricionariamente segundo seus interesses políticos e econômicos, estando limitado pela Constituição Federal, em suas dimensões formal e material. Além disso, a atuação legislativa também encontra limite no princípio da proporcionalidade, o qual funciona como importante parâmetro de controle dos excessos legislativos, a partir sobretudo dos subprincípios da proibição do excesso e da

vedação à proteção insuficiente, conforme será explicitado no tópico seguinte.

Assim, percebe-se que o “efeito *backlash*” faz parte do jogo político democrático e, nesse sentido, os diplomas legislativos que dele decorrem inserem-se também neste jogo, submetendo-se à interpretação da comunidade jurídica e à aplicação do Judiciário, mediante controle de constitucionalidade, sempre atento à narrativa jurídica composta pela teia de direitos fundamentais inscritos na Constituição.

Reforma Trabalhista: a vontade do legislador e os limites da discricionariedade legislativa – o princípio da proporcionalidade e os princípios da proibição do excesso e da vedação da proteção insuficiente

A constitucionalidade das normas infraconstitucionais, dentre outras classificações, pode ser aferida sob os planos formal e material. A inconstitucionalidade formal é aquela verificada quando há vício no processo de produção da norma, ou seja, quando ela foi editada sem observância das regras constitucionais de processo legislativo. Já a inconstitucionalidade material ocorre quando o conteúdo do ato normativo encontra-se em desconformidade com o conteúdo das normas constitucionais (FERNANDES, 2017, p. 1424-1426).

Sucede que, conforme consagrada doutrina constitucionalista⁷, uma norma também pode ser considerada materialmente inconstitucional não por incompatibilidade de conteúdo com a Carta Maior, mas em razão de sua edição ter ocorrido com excesso de *poder* legislativo. Trata-se, portanto, da inconstitucionalidade material por abuso de

⁷ Um dos maiores expoentes da teoria da inconstitucionalidade por excesso legislativo é José Joaquim Gomes Canotilho, em sua obra *Direito constitucional e Teoria da Constituição*.

poder do legislador, quando atua excedendo os limites de sua discricionariedade constitucional, no que tange fundamentalmente ao cumprimento das finalidades buscadas com a aprovação da lei em questão. Nesse sentido, vejam-se as palavras de J. J. Gomes Canotilho:

No entanto, quando agora se fala em excesso de poder legislativo como vício da lei não se pretende tanto confrontar a lei com um parâmetro e daí deduzir a sua inconstitucionalidade ou constitucionalidade, mas confrontar a lei consigo mesma, tendo em especial atenção os fins por ela prosseguidos (CANOTILHO, 1993, p. 1015).

Em sua análise sobre a temática, o referido constitucionalista português explica que as leis possuem duas perspectivas teleológicas distintas, quais sejam: (i) elas podem possuir a função de execução e desenvolvimento dos fins estabelecidos pela Constituição e, então, são vinculadas a essa finalidade constitucionalmente instituída; e (ii) por outro lado, embora possam ser tendencialmente livres em suas finalidades, os objetivos a que se destinam no ordenamento jurídico não podem ser contraditórios, incongruentes e não razoáveis (CANOTILHO, 1993, p. 1016).

É que o conceito de discricionariedade legislativa traduz as ideias, a um só tempo, de liberdade e de limitação, na medida em que se reconhece que o legislador pode conformar a legislação, respeitando os limites estabelecidos pela Constituição, dentro dos quais diversas condutas legiferantes podem ser consideradas legítimas. Em face disso, na linha dos ensinamentos de Canotilho, a teoria do excesso de poder legislativo, em síntese, tem a função justamente de limitar

a discricionariedade do legislador na conformação da legislação infraconstitucional (CANOTILHO, 1993, p. 1017).

O principal parâmetro de contenção dos excessos legislativos é o **princípio da proporcionalidade** (CANOTILHO, 1993, p. 1017), o qual, na tradição constitucional brasileira, tem sido extraído do direito fundamental ao devido processo legal – art. 5º, LIV, da CF/88, particularmente sob o viés substancial. Nesse sentido, é possível controlar a constitucionalidade das leis – à luz do desvio de poder do legislador – com base nos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade stricto sensu. Vale dizer, deve-se examinar se a lei editada é adequada aos objetivos que devem ser por ela desempenhadas no ordenamento jurídico; se o ato normativo, tal como elaborado, é, de fato, necessário para a consecução de seus fins, não havendo outro meio menos gravoso para chegar ao mesmo objetivo; e se a norma é estritamente proporcional, no sentido de uma ponderação entre os fins almejados e os meios adotados pela legislação, a fim de verificar a razoabilidade de se adotar a medida nela inscrita (SILVA, 2014, p. 167-182).

Como se vê, a doutrina de J. J. Gomes Canotilho institui o denominado princípio da proibição do excesso, como decorrência do princípio da proporcionalidade. Ocorre que, além da proibição do excesso, é possível extrair, também da ideia de proporcionalidade, o chamado **princípio da proibição da proteção insuficiente**, o qual igualmente deve servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade dos atos legislativos (FERNANDES, 2017, p. 1426).

Com efeito, ao se debruçar sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet explica que a proibição da proteção insuficiente está ge-

ralmente relacionada a uma omissão (ainda que parcial) do legislador, no que diz respeito ao cumprimento de um imperativo constitucional de tutela, ou, como anotou Canotilho, dos próprios fins a que a legislação em questão se propõe (SARLET, 2004, p. 99-102). Em outras palavras, diante de matérias afetadas a direitos fundamentais, o legislador tem o dever de proteção dos cidadãos e dos bens jurídicos envolvidos, não podendo editar leis que não os protejam ou que os protejam de maneira ineficiente ou insuficiente, o que também deve ser aferido pelo princípio da proporcionalidade.

Portanto, ao examinar a constitucionalidade de uma lei, à luz do desvio de poder legislativo, os critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu* – decorrentes do princípio da proporcionalidade – devem ser, todos eles, lidos sob a ótica tanto da proibição do excesso, quanto da vedação da proteção insuficiente.

Nesse contexto teórico, voltando-se o olhar para o objeto principal do presente estudo, pretende-se demonstrar que, no intuito de reagir à estigmatizada “postura protetiva” da Justiça do Trabalho, guiando-se pelos anseios das elites econômicas dominantes, o legislador reformista inseriu, na Lei nº 13.467/2017, disposições legais elaboradas em manifesto excesso de discricionariedade legiferante, adotando postura abusiva na conformação da legislação do trabalho.

Importante esclarecer que não se propõe, aqui, examinar inconstitucionalidades

materiais diretas da Lei nº 13.467/2017, ou seja, hipóteses em que as alterações da Lei da Reforma Trabalhista contrariam frontalmente o conteúdo do texto constitucional⁸. Quer-se, na verdade, analisar a possibilidade da constatação de vícios de inconstitucionalidade decorrentes do exercício desproporcional da prerrogativa legislativa, à luz dos princípios da proibição do excesso e da vedação da proteção insuficiente.

Para tanto, e sem prejuízo de outros temas aos quais também se poderia aplicar a presente análise, opta-se aqui por exemplificar a postura excessiva do legislador reformista a partir da inclusão dos arts. 223-A e 223-B na CLT⁹, no tocante à regulamentação dos danos extrapatrimoniais na esfera laboral.

Sabe-se que os danos morais são decorrências de atos ilícitos ou abusivos que causem lesão a direitos de personalidade do ofendido, tais como a honra, a imagem, a privacidade, entre outros, sendo, portanto, reflexo direto da tutela constitucional da dignidade da pessoa humana – art. 1º, III, da CF/88 (LOPES, 2006, p. 148). Nesse sentido, o art. 5º, V e X, da CF/88 impõe dever de proteção à esfera personalíssima das pessoas naturais e à respectiva reparação em caso de dano moral, proteção essa que, na linha do que foi exposto acima, precisa ser suficientemente satisfatória, em conformidade com o princípio da proporcionalidade.

Sendo assim, uma legislação que busque regulamentar os danos morais precisa, necessariamente, conferir proteção ampla às

8 Como exemplo de possíveis inconstitucionalidades materiais diretas da Lei da Reforma Trabalhista, poder-se-iam mencionar as negociações individuais entre patrões e empregados previstas no novo art. 444, parágrafo único, da CLT (quando a Constituição restringe o princípio da equivalência entre os contratantes trabalhistas à seara coletiva, mediante a participação obrigatória dos sindicatos nas negociações – art. 8º, VI, da CF), ou então a tarifação de dano moral prevista no novo art. 223-G da CLT (precificando a dignidade da pessoa humana – art. 1º, III, da CF/88 – e desrespeitando o princípio da reparação integral dos danos morais – art. 5º, V e X, da CF/88). Porém sua análise, assim como de outras alterações reformistas, poderão ser objeto de estudo posterior, não sendo este o foco do presente artigo.

9 Suas redações são as seguintes: art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título; art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

peessoas eventualmente lesadas, sobretudo porque se trata de lei cuja função primordial é dar efetividade à diretriz constitucional máxima, que é a dignidade da pessoa humana. No entanto, ao contrário disso, o regramento do novo Título II-A da CLT (arts. 223-A a 223-G) é excessivamente restritivo quanto à indenização por danos morais trabalhistas, tendo em vista que, além de não incorporar as regras gerais do direito comum sobre responsabilidade civil – inclusive no tocante à doutrina do abuso de direito, à transmissibilidade do direito à reparação, à responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco e ao reconhecimento de danos morais indiretos –, ainda elenca parâmetros tarifários para a fixação do *quantum* indenizatório, baseados na remuneração do obreiro lesado (art. 223-G da CLT)¹⁰.

O art. 223-A da CLT, objeto da presente análise, busca, em síntese, excluir a aplicação subsidiária ou supletiva do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor, bem como de quaisquer outros diplomas nacionais e internacionais, à dinâmica dos danos morais laborais, devendo-se observar tão somente as novas regras celetistas. Desse modo, a lei reformista claramente conferiu proteção insuficiente a seus destinatários, violando assim o princípio da proporcionalidade.

Com efeito, o ato legislativo em questão não preenche o supramencionado pressuposto da adequação da norma, na medida em que seu conteúdo é insuficiente para conferir proteção à dignidade dos sujeitos da relação de emprego, portanto incapaz de cumprir com as finalidades que deveria assumir no ordenamento jurídico. Além do mais, a dimensão da necessidade também foi violada,

uma vez que restringir a incidência das normas de direito comum certamente constitui meio mais gravoso aos sujeitos impactados por lesões extrapatrimoniais. Por fim, a medida é absolutamente desproporcional, visto que não há razoabilidade em excluir, apenas aos sujeitos da relação empregatícia¹¹, o regramento sistemático da responsabilidade civil, aplicável às relações jurídicas atinentes a todos os demais ramos do direito.

Para ilustrar a falta de razoabilidade da lei, neste ponto, pode-se imaginar, por exemplo, a seguinte situação: determinado trem desgovernado atinge um empregado da empresa ferroviária, que estava laborando na manutenção dos trilhos, bem como um entregador de marmitas, estranho à relação de emprego mencionada, que passava naquele local no momento do acidente para realizar uma entrega (COLOMBO FILHO, 2017, p. 2). Considerando, por hipótese, que ambos os atingidos pelo vagão tenham perdido uma perna, e levando em conta que a atividade em questão é considerada de risco, a aplicação do art. 223-A da CLT levaria à situação absurda na qual o empregado (aquele que possui vínculo jurídico específico com a empresa ferroviária), por não poder se utilizar da regra prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, acerca da responsabilidade objetiva, teria de comprovar a culpa de seu empregador pelo acidente para que pudesse ser indenizado por danos morais. Já o entregador de marmitas, por força da responsabilidade civil extracontratual, poderia se utilizar da doutrina da responsabilidade objetiva, isentando-se de comprovar culpa da empresa, para que fizesse jus à reparação por dano moral. Veja-se que a aplicação literal do art. 223-A da CLT é claramente desproporcional

¹⁰ Sobre a inconstitucionalidade da tarifação de danos morais, consultar MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. Lei da reforma trabalhista: a inconstitucionalidade da tarifação dos valores da reparação do dano extrapatrimonial e da determinação de exclusividade da aplicação dos dispositivos do novo Título II-A da CLT. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da, BELTRAMELLI NETO, Sílvio, MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira (Coord.). Reforma Trabalhista na visão de Procuradores do Trabalho, JusPodivm: 2018, p. 309-324.

¹¹ Tal distinção representa, além do mais, patente violação ao princípio da isonomia, contido nos arts. 3º, IV, e 5º, caput, da CF/88.

e desarrazoada, devendo ser extirpada do mundo jurídico.

No tocante ao art. 223-B da CLT, a norma estabelece como titulares exclusivas do direito à indenização por danos morais aquelas pessoas físicas ou jurídicas diretamente ofendidas pela ação ou pela omissão que lese suas esferas moral e/ou existencial.

Alguns doutrinadores vêm compreendendo que o objetivo do aludido dispositivo é excluir, na seara laboral, a possibilidade de que cônjuges e outros familiares postulem, em nome próprio, as pretensões indenizatórias dos trabalhadores falecidos, por exemplo, em acidente de trabalho, contrariando assim o disposto no art. 943 do Código Civil, que consagra a transmissibilidade de tal direito no âmbito das relações civis. Há outros autores, porém, que entendem que a inclusão desse preceito normativo, ao se referir à “esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica”, tem a intenção de impedir a reparação dos danos morais coletivos na seara laboral, contrastando com o disposto na Lei nº 7.347/85 e no Código de Defesa do Consumidor.

Em quaisquer dessas hipóteses, a insuficiência da proteção estatuída pela norma é clara, restringindo desproporcionalmente a tutela da esfera personalíssima dos sujeitos trabalhadores, em descompasso com o que ocorre nos demais ramos do direito, sem qualquer motivo razoável para tanto. O preceito reformista, nesse sentido, fere as dimensões de necessidade, adequação e ponderação, atinentes ao princípio da proporcionalidade.

Poder-se-ia, ainda, interpretar que o dispositivo em comento teria o objetivo de excluir a possibilidade de postulação de danos morais indiretos, ou em ricochete, na es-

fera laboral. No entanto, essa interpretação não encontra abrigo sequer na literalidade redacional do preceito normativo, na medida em que os danos em ricochete são lesões próprias daqueles que os reclamam, por decorrência de dano em face de pessoa com quem mantém vínculo familiar ou afetivo. E ainda que o texto da lei comportasse tal interpretação, ela seria manifestamente desproporcional, na medida em que retiraria de familiares de trabalhadores lesados ou até mesmo falecidos, em decorrência de ação ou omissão patronal, o direito de buscar reparação à sua própria esfera moral afetada.

Naquele mesmo exemplo do trem, tal como mencionado acima, considerando-se que ambos os sujeitos envolvidos tivessem vindo a óbito, apenas os familiares do entregador de marmitas, o qual sequer tinha vínculo jurídico com a empresa de trem, poderiam socorrer-se dos danos morais em ricochete, com base na teoria da responsabilidade civil



objetiva extracontratual. Contudo, justamente em razão do vínculo de emprego mantido entre a empresa e o empregado da manutenção da linha férrea, os familiares deste não poderiam vindicar danos morais próprios decorrentes do falecimento do obreiro, o que configura “surreal inversão de valores” (SOUZA JÚNIOR *et al*, 2018, p. 128), em evidente desproporcionalidade da medida.

Pretender impedir a indenização por danos extrapatrimoniais dos familiares, cuja esfera personalíssima tenha sido atingida pelas lesões causadas ao obreiro, seria ignorar a dor moral sofrida pelos sucessores, cuja reparação está garantida pelo art. 5º, V e X, da CF/88 (PORTO, 2017, p. 141). Portanto, também sob este aspecto, a proteção insuficiente da norma em questão é manifesta.

Em face dos argumentos acima expendidos, por representarem evidente excesso de discricionariedade legislativa, violando assim o princípio da proporcionalidade, são inconstitucionais as expressões “apenas os dispositivos deste Título” (art. 223-A da CLT) e “as quais são titulares exclusivas do direito à reparação” (art. 223-B da CLT), razão pela qual devem ser plenamente aplicáveis subsidiária e supletivamente ao dano moral trabalhista as regras civilistas, consumeristas e internacionais sobre o tema, a fim de conferir máxima proteção da dignidade humana aos destinatários da legislação.

Como já dito, esse é apenas um exemplo de inconstitucionalidade por desvio de poder legislativo contida na Lei da Reforma Trabalhista. Há outros dispositivos que igualmente padecem de tal vício, tais como, a títulos ilustrativos, as limitações à gratuidade de justiça, associadas à possibilidade de compensação de despesas processuais com créditos obtidos com eventual condenação (art. 790, §§ 3º e 4º, e art. 790-B, § 4º, da CLT)

e os critérios restritivos impostos ao Tribunal Superior do Trabalho para edição de suas súmulas de jurisprudência (art. 702, I, “f”, e § 3º, da CLT).

Os exemplos citados densificam concretamente os argumentos teóricos lançados nos parágrafos anteriores, no sentido de que a vontade reacionária do legislador trabalhista não pode ser concebida como uma discricionariedade sem limites, estando sujeita aos parâmetros da proporcionalidade, da proibição do excesso e da vedação da proteção insuficiente.

É preciso compreender, como conclusão do que foi exposto, que, no atual contexto de reação em que se situa o Direito do Trabalho, deve ser prestigiada a função do Poder Judiciário de exercer o controle de constitucionalidade dos preceitos da reforma trabalhista, notadamente sob o enfoque do desvio de poder do legislador. A instituição jurisdicional precisa ter assegurado o desempenho livre e consciente de seu papel de guardião da Constituição Federal, a fim de que se insira adequadamente no jogo democrático, conferindo coerência e sistematicidade à interpretação e à aplicação do Direito, sempre no intuito de contribuir, dando efetividade aos direitos sociais ligados ao valor do trabalho, para a construção contínua de um país efetivamente mais igualitário, justo, livre e solidário.

Referências bibliográficas

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

COLOBO FILHO, Cássio. O “dilema do bonde” e a reforma trabalhista. **Os Traba-**

Ihistas. Disponível em: <<http://ostrabalhistas.com.br/o-dilema-do-bonde-e-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais:** dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno.** São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2013.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais:** teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** Salvador: JusPodivm, 2017.

LIMA, George Marmelstein. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial. **Direitos fundamentais.net.** Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdiacao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>>. Acesso em 08 abr. 2018.

LOPES, Othon de Azevedo. Danos Morais no Estado Democrático de Direito. **Revista Notícia do Direito Brasileiro.** Brasília: Universidade de Brasília, n.12, 2006.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. Lei da reforma trabalhista: a inconstitucionalidade

da tarificação dos valores da reparação do dano extrapatrimonial e da determinação de exclusividade da aplicação dos dispositivos do novo Título II-A da CLT. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da, BELTRAMELLI NETO, Silvio, MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira (Coord.). **Reforma Trabalhista na visão de Procuradores do Trabalho.** JusPodivm: 2018, pp. 309-324.

PIMENTA, José Roberto Freire. Tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. In: PIMENTA, José Roberto Freire, BARROS, Juliana Augusta Medeiros de, FERNANDES, Nádia Foraggi (Coord.). **Tutela metaindividual trabalhista.** São Paulo: LTr, 2009.

PORTO, Noemia. Dano extrapatrimonial e a reforma trabalhista: análise sobre o alcance dos direitos fundamentais. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães. TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia. FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (Orgs.). **Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica.** São Paulo: LTr, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** n.47, 2004.

SARMENTO, Daniel. Direitos sociais e globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional. **Revista de Direito Administrativo,** n. 223, 2001.

SEVERO, Valdete Souto. A hermenêutica trabalhista e o princípio do direito do trabalho. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. SEVERO, Valdete Souto (Coord.). **Resistência: aportes**

teóricos contra o retrocesso trabalhista. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, Roberta de Oliveira. Ativismo Judicial e Efeito Backlash: Entenda o que está se passando com a Reforma Trabalhista em nosso país. **Os Trabalhistas**. 2017. Disponível em: < <http://ostrabalhistas.com.br/ativismo-judicial-e-efeito-backlash-entenda-o-que-esta-se-passando-com-reforma-trabalhista-em-nosso-pais/>>. Acesso em 08 abr.2018.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. SOUZA, Fabiano Coelho de. MARANHÃO, Ney. AZEVETO NETO, Platon Teixeira de. **Reforma Trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017**. São Paulo: Rideel, 2018.

TESHEINER, José Maria da Rosa. THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Teoria geral do processo: em conformidade com o Novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
